



# BUNDESPATENTGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am  
13. Dezember 2016

3 Ni 5/16

---

(Aktenzeichen)

...

In der Patentnichtigkeitssache

...

...

**betreffend das deutsche Patent 10 2007 031 687**

hat der 3. Senat (Nichtigkeitssenat) des Bundespatentgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2016 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Schramm, des Richters Dipl.-Chem. Dr. Egerer, des Richters Kätker, des Richters Dipl.-Chem. Dr. Wismeth sowie des Richters Dipl.-Chem. Dr. Freudenreich

für Recht erkannt:

- I. Das deutsche Patent 10 2007 031 687 wird für nichtig erklärt.
- II. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
- III. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

**Tatbestand**

Die Beklagte ist eingetragene Inhaberin des am 6. Juli 2007 beim Deutschen Patent- und Markenamt angemeldeten Patents 10 2007 031 687 (Streitpatent). Das Streitpatent, das in vollem Umfang und hilfsweise beschränkt mit 16 Hilfsanträgen verteidigt wird, trägt die Bezeichnung „Thermische Isoliermatte zur Verwendung als Untersetzer oder Topflappen“ und umfasst 20 Patentansprüche, deren Patentanspruch 1 wie folgt lautet:

1. Thermische Isoliermatte (1) zur Verwendung als Untersetzer oder Topflappen, bestehend aus einem Grundkörper (2) mit einer Oberseite (3) zum Abstellen oder zur Kontaktierung eines Gebrauchsgegenstands und einer Unterseite (4) zur Positionierung des Grundkörpers (2) auf einer Stellfläche oder zum Ergreifen des Grundkörpers (2), wobei der Grundkörper (2) aus einem flexiblen Material besteht und das Material eine die Tragfähigkeit und die thermische Isolation des Grundkörpers (2) begünstigende Formgebung dahingehend aufweist, dass der Grundkörper (2) in eine Vielzahl von wabenförmigen Kammern (9) unterteilt ist, wobei an die Oberseite (3) angrenzende Kammern zur Oberseite (3) und an die Unterseite (4) angrenzende Kammern (9) zur Unterseite (4) hin offen sind.

Wegen des Wortlauts der unmittelbar oder mittelbar auf Patentanspruch 1 rückbezogenen Patentansprüche 2 bis 20 wird auf die Patentschrift DE 10 2007 031 687 B4 verwiesen.

Die Klägerin, die das Streitpatent in vollem Umfang angreift, macht den Nichtigkeitsgrund der mangelnden Patentfähigkeit geltend. Sie stützt ihr Vorbringen auf folgende Dokumente:

- (NiK3) Klageschrift vom 24. September 2014 betreffend das parallele Verletzungsverfahren vor dem LG Mannheim, 16 S.
- (NiK4) DE 10 2007 031 687 B4 – Streitpatent
- (NiK5) Merkmalsanalyse, 1 S.
- (NiK6) DE 89 01 034 U1
- (NiK7) DE 40 03 770 A1
- (NiK8) DE 1 887 865 U
- (NiK9) DE 82 27 346 U1
- (NiK10) DE 92 08 566 U1
- (NiK11) Registerauszug: Designs Registry, Intellectual Property Department, Hong Kong, Registration No. 0602565.6 [unter der URL <http://ipsearch.ipd.gov.hk/design/search/...> abgerufen am 6. August 2012], date of entry in the register: 27.10.2006, 5 S.

- (NiK12) LEE SANG, D.: 2007 International Home & Housewares Best Of Show Results, mit Datumsangabe "May 01, 2007", URL: [http://www.gourmetretailer.com/top-story-profiles\\_trends-2007\\_international\\_home\\_amp\\_housewares\\_best\\_of\\_show-results-6917.html](http://www.gourmetretailer.com/top-story-profiles_trends-2007_international_home_amp_housewares_best_of_show-results-6917.html) [abgerufen am 10. November 2014], 9 S.
- (NiK13) DE 20 2005 001 521 U1
- (NiK14) Supracor Press-releases, 2014. URL: <http://www.supracor.com/news/press-releases/> [abgerufen am 10. November 2014], 3 S.
- (NiK15) PADITZ, E. et al.: Einfluss der Struktur von drei Babymatratzen auf den CO<sub>2</sub>-Durchlass und auf die Temperatureaufnahme. 3. Expertentagung zur Prävention des plötzlichen Kindstodes, Dresden, 22. Januar 2006, 22 S.
- (NiK16) Supracor Spa & Skin Care, 2013. URL: <http://www.supracor.com/store/lifestyles/spa-and-skin-care> [abgerufen am 7. April 2013], 7 S.
- (NiK17) Hong Kong Intellectual Property Journal, 27. Oktober 2006, Deckblatt und S. 1/59, 2/59, 52/59
- (NiK18) E-Mail-Verkehr der Klägervertreter mit dem Hong Kong Intellectual Property Department v. 22. und 23. August 2016 sowie Ausdruck des Registerauszugs, 1 u. 6 S., darunter eine Leerseite.
- (NiK19) Locarno-Klassifikation zur Klasse-Unterklasse 06/13. URL: <http://www.dpma.de/locarno/search-Locarno.php> [Abrufdatum 25. August 2010], 1 S.
- (NiK20) siliconezone® - Products - Grid Pot Holder Pot Holder - Tendence Lifestyle Award 2007. URL: <https://siliconezone.com> [Abrufdatum nicht genannt], 1 S.

Die Klägerin hat außerdem in der mündlichen Verhandlung einen weiteren Internetartikel sowie dazu eine Übersetzung des Begriffes „trivet“ aus dem Internetlexikon LEO überreicht:

- (NiK21) Homeworld Business: Silicone Zone Debuts Silicone Grid Pot Holders. 12. März 2007. URL:  
<https://www.homeworldbusiness.com/silicone-zone-debuts-silicone...>[abgerufen am 10. Dezember 2016], 1 S.
- (NiK22) LEO: trivet – Englisch – Deutsch Wörterbuch. URL:  
[https://dict.leo.org/ende/index\\_de.html#search=trivet ...](https://dict.leo.org/ende/index_de.html#search=trivet...) [abgerufen am 12. Dezember 2016], 1 S.

Nach ihrer Auffassung fehlt dem Gegenstand des Patentanspruchs 1 bei der gebotenen breiten Auslegung seiner Merkmale die Patentfähigkeit. Maßgebend für die Auslegung des Patentanspruchs sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Beschreibung gemäß der Patentschrift NiK4. Darin würden in Absatz [0028] zahlreiche mögliche Formen von Kammern beschrieben, auch Quader, wie sie in NiK11 und NiK12 abgebildet seien. Ebenso folge aus den Unteransprüchen 2 und 3 sowie aus der Beschreibung (NiK4: [0030]), dass auch geschlossene Kammern von Patentanspruch 1 erfasst würden. Da die Beschreibung die Verwendung der Isoliermatte als Schlafunterlage (NiK4: [0002], [0038]) und nach der dortigen Diktion zudem auch den Menschen – in abstrakter Weise – als „Gebrauchsgegenstand“ (NiK4: [0002]) einbeziehe, sei die Dimensionierung der beanspruchten Isoliermatte breit auszulegen.

Dementsprechend fehle dem Gegenstand des Patentanspruchs 1 die Neuheit gegenüber den Entgegenhaltungen NiK6, NiK7 und NiK11 bis NiK13, da diese sämtliche seiner konstruktiven Merkmale offenbarten. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die im Patentanspruch enthaltenen Zweckangaben nicht die Neuheit des beanspruchten Erzeugnisses begründen könnten.

Entgegen der Auffassung der Beklagten seien die Entgegenhaltungen NiK11 und NiK12 vorveröffentlicht, was sich auch aus den dazu ergänzend vorgelegten Unterlagen NiK17 bis NiK21 ergebe.

Der Gegenstand des Patentanspruchs 1 beruhe auch nicht auf erfinderischer Tätigkeit. Ausgehend von der NiK11 oder NiK12 mit der dort gezeigten quaderförmigen Kammerstruktur werde der Fachmann die in der Präsentationsunterlage NiK15 gezeigte Bienenwabenstruktur einer Babymatratze ohne erfinderisches Tätigwerden auf thermische Isoliermatten zur Verwendung als Topflappen oder Untersetzer übertragen. Auch die NiK13, welche in die Wärmeisolierung allgemein betreffende IPC-Klasse F16 klassifiziert sei, vermittele ihm die Lehre wabenförmiger Kammern für Unterlagen.

Gleichermaßen seien die Unteransprüche weitgehend insbesondere durch die NiK11 oder NiK12 neuheitsschädlich getroffen. Im Übrigen seien sie nicht erfinderisch.

Entsprechendes gelte für die Gegenstände der Hilfsanträge. Gegenüber dem angeführten Stand der Technik beruhten sie jedenfalls nicht auf erfinderischer Tätigkeit.

Die Klägerin beantragt,

das deutsche Patent 10 2007 031 687 für nichtig zu erklären.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen,

hilfsweise die Klage mit der Maßgabe abzuweisen, dass das Streitpatent die Fassung eines der Hilfsanträge 1 bis 8 gemäß Schriftsatz vom 17. August 2016,

weiter hilfsweise die Fassung eines der Hilfsanträge 9 bis 16 gemäß Schriftsatz vom 18. Oktober 2016 erhält.

Die Beklagte tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen. Sie verweist auf folgende Dokumente:

- (UN1) Merkmalsanalyse
- (UN2) Auszug aus Wikipedia zum Suchbegriff „Google“. URL: <https://de.wikipedia.org/wiki/Google> [abgerufen am 10. August 2016], 19 S.
- (UN3) Auszug aus Wikipedia zum Suchbegriff „Prisma (Geometrie)“ URL: [https://de.wikipedia.org/wiki/Prisma\\_Geometrie](https://de.wikipedia.org/wiki/Prisma_Geometrie) [abgerufen am 12. August 2016], 2 S.
- (UN4) möbelkulturONLINE: Tendence Lifestyle 2007 - Keine Terminverschiebung vom 23. November 2011. URL: <http://moebelkultur.delnews.ltendence-lifestyle-2007/keine-ter...> [abgerufen am 14. Oktober 2016], 3 S.

Gemäß Hilfsantrag 1 wird in Patentanspruch 1 nach den Wörtern „ ... aus einem flexiblen Material“ das Merkmal „ , nämlich Silikon,“ und nach den Wörtern „ ... in eine Vielzahl von wabenförmigen Kammern (9) unterteilt ist,“ das weitere Merkmal „wobei die wabenförmigen Kammern (9) jeweils als ein Körper mit der Grundfläche eines regelmäßigen Sechsecks ausgebildet sind,“ eingefügt. Der erteilte Patentanspruch 12 wird gestrichen. Die Nummerierung und die Rückbezüge der weiteren Patentansprüche werden angepasst.

Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 2 entspricht Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 1 mit dem Unterschied, dass folgendes Merkmal angefügt wird: „und wobei der Grundkörper (2) am Außenbereich von einem Rand (8) umgeben ist.“ Gegenüber Hilfsantrag 1 wird zusätzlich der erteilte Patentanspruch 18 gestrichen. Die Nummerierung und die Rückbezüge der weiteren Patentansprüche werden angepasst.

Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 3 entspricht Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 2 mit dem Unterschied, dass der Ausdruck „jeweils als ein Körper“ durch

den Ausdruck „jeweils als ein gerades Prisma“ ersetzt wird, so dass der betreffende Halbsatz lautet: „ ... wobei die wabenförmigen Kammern (9) jeweils als ein gerades Prisma mit der Grundfläche eine regelmäßigen Sechsecks ausgebildet sind, ...“. Die Unteransprüche bleiben gegenüber Hilfsantrag 2 unverändert, was auch für die weiteren Hilfsanträge bis einschließlich Hilfsantrag 7 gilt.

Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 4 entspricht Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 3 mit dem Unterschied, dass folgendes Merkmal angefügt wird: „ , wobei der Rand als umlaufende Materialverstärkung ausgebildet ist, die umfänglich die Oberseite (3) und die Unterseite (4) miteinander verbindet.“

Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 5 entspricht Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 4 mit dem Unterschied, dass als weitere Merkmale aufgenommen sind, dass an die Oberseite angrenzende, zur Oberseite hin offene Kammern und an die Unterseite angrenzende, zur Unterseite hin offene Kammern angeordnet sind und dass die wabenförmigen Kammern in einer Wabenstruktur angeordnet sind, so dass sie die Oberseite und die Unterseite jeweils lückenlos füllen. Der entsprechende Halbsatz lautet damit: „ ..., wobei an die Oberseite (3) angrenzende Kammern (9) angeordnet sind, die zur Oberseite (3) hin offen sind und an die Unterseite (4) angrenzende Kammern (9) angeordnet sind, die zur Unterseite (4) hin offen sind, wobei die wabenförmigen Kammern (9) in einer Wabenstruktur angeordnet sind, so dass sie die Oberseite (3) und die Unterseite (4) jeweils lückenlos füllen ...“.

Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 6 entspricht Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 4 mit dem Unterschied, dass die zwischen den Wörtern „Untersetzer“ und „Topflappen“ befindliche Konjunktion „oder“ durch das Wort „und“ ersetzt wird. Die Einleitung des Patentanspruchs lautet damit: „Thermische Isoliermatte (1) zur Verwendung als Untersetzer und Topflappen, ...“.

Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 7 entspricht Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 5 mit dem Unterschied, dass die zwischen den Wörtern „Untersetzer“ und



„Topflappen“ befindliche Konjunktion „oder“ durch „und“ ersetzt wird, so dass die Einleitung des Patentanspruchs identisch lautet wie diejenige des Patentanspruchs 1 gemäß Hilfsantrag 6.

Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 8 entspricht Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 7 mit dem Unterschied, dass folgendes Merkmal angefügt wird: „und wobei die an die Oberseite (3) angrenzenden Kammern (9) von den an die Unterseite (4) angrenzenden Kammern (9) durch eine Wand getrennt sind.“ Die erteilten Patentansprüche 2 bis 4 werden gestrichen, ebenso wie die erteilten Patentansprüche 12 und 18. Die Nummerierung und die Rückbezüge der weiteren Patentansprüche werden angepasst.

Die weiteren Hilfsanträge 9 bis 16 entsprechen – in dieser Reihenfolge – den Hilfsanträgen 1 bis 8, mit dem Unterschied, dass jeweils der Begriff „Untersetzer“ durch den Begriff „Topfuntersetzer“ ersetzt wird, so dass die Einleitung des jeweiligen Patentanspruchs 1 lautet: „Thermische Isoliermatte (1) zur Verwendung als Topfuntersetzer oder Topflappen, ...“.

Nach Auffassung der Beklagten ist der Gegenstand des erteilten Patentanspruchs 1 patentfähig. Er sei auch entsprechend seiner funktionalen Merkmale auszulegen, denn die beanspruchte thermische Isoliermatte sei durch funktionale Merkmale definiert, die die Erfindung nicht mit körperlich-strukturellen Merkmalen, sondern vielmehr durch die Angabe der erzielten Wirkung oder Eigenschaft definierten. Danach ergebe sich ihre Eignung als Untersetzer oder Topflappen. Folglich seien diejenigen Mittel in den Schutzzumfang einbezogen, die die Wirkung bzw. Eignung als Untersetzer oder Topflappen ergäben. Im Gegensatz zum ursprünglich sehr weit beanspruchten Gegenstand sei damit insbesondere eine entsprechend dem Verwendungszweck handhabbare Dimensionierung der Isoliermatte vorgegeben, ebenso eine entsprechende Flexibilität. Weiter sei die Unterteilung des Grundkörpers in wabenförmige Kammern beansprucht, wobei der Begriff „wabenförmig“ in den Absätzen [0022] und [0046] des Streitpatents im Sinne eines regelmäßigen bzw. gleichmäßigen Sechsecks definiert sei.

Bei dieser Auslegung des Patentanspruchs 1 sei sein Gegenstand neu. Keine der angeführten Entgegenhaltungen offenbare alle Merkmale des Patentanspruchs. Insbesondere zeigten die NiK6 und NiK7 keine streitpatentgemäßen (wabenförmigen) Kammern.

Die Beklagte bestreitet die Vorveröffentlichung der Entgegenhaltungen NiK11, NiK12, NiK14 und NiK15 bzw. deren Inhalte. Die öffentliche Zugänglichkeit vor dem Anmeldetag des Streitpatents ergebe sich auch nicht aus den dazu ergänzend vorgelegten Unterlagen NiK17 bis NiK20. Angesichts mangelnder Belege für eine Vorveröffentlichung und bei gleichzeitigem Bestehen von Anhaltspunkten, die sogar gegen die Vorveröffentlichung der NiK12 sprächen, sei es für die Beklagte unzumutbar, wenn sie nachweisen müsse, dass die NiK12 vor dem Anmeldetag des Streitpatents nicht in dieser Form im Internet abrufbar gewesen sei.

Im Übrigen zeigten auch die NiK11 und NiK12 keine Untersetzer oder Topflappen mit den streitpatentgemäßen Merkmalen, insbesondere was die Flexibilität des Materials, ihre Eignung als Untersetzer und die Oberflächenstruktur mit wabenförmigen Kammern betreffe. Dies gelte umso mehr für die gattungsfremde NiK13, die als Unterlage zur Isolierung schwerer Maschinen weder über die streitpatentgemäße Dimensionierung noch die notwendige Flexibilität verfüge.

Dem Gegenstand des erteilten Patentanspruchs 1 fehle auch nicht die erfindersche Tätigkeit. Diese werde durch eine Gesamtschau der eingereichten Dokumente nicht in Frage gestellt. Der angeführte Stand der Technik hätte den Fachmann – auch in der Gesamtschau – allenfalls zur Beibehaltung geschlossener Kammern bzw. zur Verbesserung des Isolierungsmittels angeregt und somit von der Lehre des Streitpatents weggeführt. Die gattungsfremden Entgegenhaltungen NiK13 und NiK15 hätte der Fachmann dabei nicht berücksichtigt.

## Entscheidungsgründe

Die auf die Nichtigkeitsgründe der mangelnden Patentfähigkeit (Art. II § 6 Abs. 1 Nr. 1 IntPatÜG i. V. m. Art. 138 Abs. 1 a) EPÜ) gestützte Klage ist zulässig und erweist sich auch als begründet.

### I.

1. Das Streitpatent betrifft eine thermische Isoliermatte zur Verwendung als Untersetzer oder Topflappen (vgl. NiK4: [0001]).

Nach den einleitenden Ausführungen im Streitpatent sind thermische Isoliermatten aus der Praxis bekannt und lassen sich im Zusammenhang mit Gebrauchsgegenständen beliebiger Art in vielen Bereichen des Haushalts und Wohnens nutzen. Als Gebrauchsgegenstände nennt das Streitpatent Geschirr und beliebige sonstige Küchenutensilien. Für die Nutzung solcher Matten als Unterlage zum Schlafen nach der Diktion des Streitpatents ist auch der Mensch „– in abstrakter Weise – Gebrauchsgegenstand“ (vgl. NiK4: [0002]). Der Zweck einer thermischen Isoliermatte liegt im Schutz der Stellfläche vor nachteiligen Temperatureinflüssen und vor Beschädigung durch den Gebrauchsgegenstand oder dessen Inhalt (vgl. NiK4: [0003]-[0005]). Was die Verwendung thermischer Isoliermatten als Topflappen anbelangt, dienen diese nicht nur dem Abstellen des Gebrauchsgegenstands, sondern auch dessen Ergreifen, wobei sie einen thermischen Schutz für die Hand bieten (vgl. NiK4: [0007]). Aus dem Stand der Technik bekannte Materialien für solche Isoliermatten weisen Nachteile wie ein hohes Gewicht und eine geringe thermische Isolation auf (vgl. NiK4: [0006]). Textile, als Topflappen verwendbare Isoliermatten gewährleisten wegen ihrer leichten Verformbarkeit keinen zuverlässigen thermischen Schutz (vgl. NiK4: [0008]).

2. Vor diesem Hintergrund liegt dem Streitpatent die Aufgabe zu Grunde, eine thermische Isoliermatte derart auszugestalten und weiterzubilden, dass sie sich zur Verwendung als Untersetzer oder Topflappen besonders gut eignet. Sie soll

einfach in der Konstruktion und günstig in der Herstellung sein und eine hinreichend gute Wärmeisolation vor allem gegenüber sehr heißen Gegenständen gewährleisten. (vgl. NiK4: [0015]).

**3.** Gelöst wird diese Aufgabe gemäß Patentanspruch 1 durch ein Erzeugnis mit folgenden Merkmalen:

- 1** Thermische Isoliermatte (1)
- 2** *zur Verwendung als Untersetzer oder Topflappen,*
- 3** bestehend aus einem Grundkörper (2)
- 4** mit einer Oberseite (3)
- 5** *zum Abstellen oder zur Kontaktierung eines Gebrauchsgegenstands*
- 6** und einer Unterseite (4)
- 7a** *zur Positionierung des Grundkörpers (2) auf einer Stellfläche oder*
- 7b** *zum Ergreifen des Grundkörpers,*
- 8** wobei der Grundkörper (2) aus einem flexiblen Material besteht
- 9** und das Material eine die Tragfähigkeit und die thermische Isolation des Grundkörpers (2) begünstigende Formgebung dahingehend aufweist,
- 10** dass der Grundkörper (2) in eine Vielzahl von wabenförmigen Kammern (9) unterteilt ist,
- 11** wobei an die Oberseite (3) angrenzende Kammern zur Oberseite (3) und an die Unterseite (4) angrenzende Kammern (9) zur Unterseite (4) hin offen sind.

Gemäß den Hilfsanträgen werden in den Patentanspruch 1 weitere Merkmale eingefügt, die auch teilweise umformuliert werden. Die Hilfsanträge werden paarweise abgehandelt, denn die Anspruchsfassungen der Hilfsanträge 1 – 8 unterscheiden sich von denen der Hilfsanträge 9 – 16 einzig durch die Umformulierung eines Teilmerkmals im Merkmal **2** („*zur Verwendung als Untersetzer oder Topflappen*“) zu

## **2.9** „zur Verwendung als Topfuntersetzer ...“.

Die neu eingeführten Merkmale werden nachfolgend fortlaufend nummeriert. Teilergänzte oder umformulierte Merkmale sind bezüglich der Merkmalsnummer nach erteiltem Patentanspruch 1 mit einer durch einen Punkt getrennten Ziffer versehen, gemäß dem Hilfsantrag, ab dem sie genannt sind.

Nach den Hilfsanträgen 1 bzw. 9 sind die Merkmale des erteilten Patentanspruchs 1 um die folgenden Merkmale ergänzt:

**8.1** der Grundkörper besteht aus Silikon

**12** die wabenförmigen Kammern sind jeweils als ein Körper mit der Grundfläche eines regelmäßigen Sechsecks ausgebildet.

Die Hilfsanträge 2 bzw. 10 übernehmen im Patentanspruch 1 alle jeweiligen Merkmale der Hilfsanträge 1 bzw. 9 und fügen hinzu:

**13** der Grundkörper ist am Außenbereich von einem Rand umgeben.

Die Hilfsanträge 3 bzw. 11 übernehmen im Patentanspruch 1 alle jeweiligen Merkmale der Hilfsanträge 2 bzw. 10 und ändern Merkmal **12** dahingehend, dass der Ausdruck „ein Körper“ durch „ein gerades Prisma“ ersetzt ist:

**12.3** die wabenförmigen Kammern sind jeweils als ein gerades Prisma mit der Grundfläche eines regelmäßigen Sechsecks ausgebildet.

Die Hilfsanträge 4 bzw. 12 übernehmen im Patentanspruch 1 alle jeweiligen Merkmale der Hilfsanträge 3 bzw. 11 und fügen hinzu:

- 14** der Rand ist als umlaufende Materialverstärkung ausgebildet, die umfänglich die Oberseite und die Unterseite miteinander verbindet.

Die Hilfsanträge 5 bzw. 13 ergänzen im Patentanspruch 1 die Merkmale der Hilfsanträge 4 bzw. 12 jeweils um:

- 11.5** es sind an die Oberseite angrenzende, zur Oberseite hin offene Kammern und an die Unterseite angrenzende, zur Unterseite hin offene Kammern angeordnet
- 15** die wabenförmigen Kammern sind in einer Wabenstruktur angeordnet, so dass sie die Oberseite und die Unterseite jeweils lückenlos füllen.

Die Hilfsanträge 6 bzw. 14 unterscheiden sich im Patentanspruch 1 von den Hilfsanträgen 4 bzw. 12 im Merkmal **2** durch Ersatz der Konjunktion „oder“ durch „und“ und damit das Teilmerkmal:

**2.6** „und Topflappen,“.

Die Hilfsanträge 7 bzw. 15 weisen im Patentanspruch 1 alle Merkmale der Hilfsanträge 5 bzw. 13 und 6 bzw. 14 auf und damit im Vergleich mit Hilfsanträgen 4 bzw. 12 die zusätzlichen Merkmale **2.6**, **11.5** und **15**.

Die Hilfsanträge 8 bzw. 16 fügen den Merkmalen nach Hilfsanträgen 7 bzw. 15 hinzu:

- 16** an die Oberseite angrenzende Kammern sind von den an die Unterseite angrenzenden Kammern durch eine Wand getrennt.

4. Bei dem vorliegend zuständigen Fachmann handelt es sich um einen Ingenieur, der mit der Formgestaltung thermisch isolierender Materialien, insbesondere von Kunststoff, befasst ist. Er verfügt auch über Kenntnisse der Eigenschaften von Kunststoffmaterialien. Was die Gestaltung des Verkaufsprodukts nach einigen Unteransprüchen (vgl. NiK4: Patentansprüche 14 – 17) anbelangt, ist als Fachmann ein Team anzusehen, dem der Ingenieur sowie ein Designer angehören.

Soweit die Beklagte den Fachmann allein als Designer auf dem Gebiet der Haushaltswaren versteht, greift ihre Sichtweise zu kurz, denn die gebotene Auslegung des Streitpatents führt zu keiner Einschränkung des Anwendungsgebiets der Isoliermatte auf dem Haushalt vorbehaltene Gegenstände. Auch die schriftsätzlichen Ausführungen der Beklagten, beispielsweise bei der Diskussion der Druckschrift NiK13, hat der Fachmann auch die Materialeigenschaften einzusetzender Kunststoffe für den jeweiligen Verwendungszweck bei der Ausgestaltung zu berücksichtigen.

## II.

1. Der Gegenstand des Patentanspruchs 1 erfordert zunächst eine Auslegung der Merkmale.

a. Merkmale 1, 3: Der Begriff „thermische Isoliermatte“ aus einem „Grundkörper“ besagt, dass ein mattenförmiges Konstrukt beliebiger Dimensionierung eine thermisch isolierende Wirkung entfaltet. Wie im kennzeichnenden Teil mit Merkmal 9 dargelegt, wird die thermische Isolierfähigkeit zumindest auch durch die Formgebung der Matte begünstigt. Damit im Einklang steht, dass das Mattenmaterial bzw. der Grundkörper neben dem bevorzugten Kunststoff auch aus Metall und damit aus einem herausragend wärmeleitfähigen Material bestehen darf, denn das Material für die Matte weist in nur „weiterhin vorteilhafter Weise eine geringe Wärmeleitfähigkeit“ auf (vgl. NiK4: [0035] i. V. m. [0032] le. Satz und Patentanspruch 10).

**b.** Merkmal **2**: Bereits nach den einleitenden Passagen des Streitpatents bilden thermische Isoliermatten den Oberbegriff auch für solche Matten, die sich als Topflappen verwenden lassen (vgl. NiK4: [0002]-[0006] im Vergleich zu [0007]). Weder Merkmal **2** („oder“) noch die Beschreibung des Streitpatents (vgl. NiK4: [0015]) sehen damit eine kombinierte, gleichzeitige Eignung der Isoliermatte sowohl als Untersetzer als auch als Topflappen zwingend vor. Was die Dimensionierung der Matte anbelangt, erfordert eine gleichzeitige Verwendung solcher Matten als Topflappen und Unterlage z. B. in Großküchen zwangsläufig auch über das „Haushaltsmaß“ hinausgehende Größen, so dass der Übergang zu einer Unterlage für den Gebrauchsgegenstand „Mensch“ fließend wird. Auch ist dem Streitpatent nicht zu entnehmen, dass dem Merkmal „Untersetzer“ eine andere Bedeutung zukäme als „Unterlage“ (vgl. NiK4 [0038]).

Im Übrigen wird der Schutzbereich eines Erzeugnispatents nicht durch Zweck-, Wirkungs- und Funktionsangaben beschränkt, und zwar unabhängig davon, ob die Angaben lediglich dem besseren Verständnis oder der notwendigen Definition des Erzeugnisses dienen (vgl. Schulte, Patentgesetz, 9. Aufl., § 1, Rdn. 194 m. w. N.).

**c.** Merkmale **4** und **5**: Die Oberseite zum Abstellen oder zur Kontaktierung eines Gebrauchsgegenstands ist nicht weiter charakterisiert und kann identisch mit oder verschieden von der Unterseite sein. Als Gebrauchsgegenstand, der mit der Oberseite in Kontakt gebracht wird, dient „in abstrakter Weise“ auch der Mensch (vgl. NiK4: [0002], [0038]).

**d.** Merkmale **6** bis **7b**: Auch die Ausgestaltung der Unterseite bleibt offen. Sie dient der Positionierung auf einer beliebigen Stellfläche oder – zumindest für die alternative Anwendung als Topflappen – dem Ergreifen des Grundkörpers.

**e.** Merkmal **8**: Nach den Ausführungen zu Merkmal **2** bedeutet ein aus flexiblem Material gebildeter Grundkörper keine Einschränkung dahingehend, dass die Matte zwingend als flexibler Topflappen verwendbar sein muss. Die Stabilität und Flexibilität der Isoliermatte ist folglich für die jeweilige Anwendung anzupassen,



was sich auch aus der streitpatentgemäß unterbreiteten Auswahl an Materialien für die Isoliermatte wie Kunststoffe oder Metalle ersehen lässt (vgl. NiK4: [0035]).

f. Merkmale **9** bis **10**: Die Gegenstände des Merkmals **9** im Sinne einer die Tragfähigkeit und die thermische Isolation des Grundkörpers begünstigenden Formgebung sind durch die Ausgestaltung nach Merkmal **10** erfüllt, wonach der „Grundkörper in eine Vielzahl von wabenförmigen Kammern unterteilt“ ist. Unter einer „Unterteilung“ nach Merkmal **10** ist nach Streitpatent (vgl. NiK4: [0026]) weder eine Erstreckung der Kammern über den gesamten Grundkörper hinweg zu verstehen, noch, dass die Kammern aneinander grenzen, sondern (auch) beliebige Bereiche mit wabenförmigen Kammern im Sinne einer unregelmäßigen Anordnung.

Zum Begriff „wabenförmige Kammern“ finden sich in der Anspruchsfassung keine weiteren Angaben, weshalb für die Auslegung dieses Begriffes das „patenteigene Lexikon“ heranzuziehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 1999 – X ZR 85/96, GRUR 1999, 909 – Spannschraube). Das Streitpatent definiert die Kammern alternativ oder ergänzend zu Körpern mit der Grundfläche eines regelmäßigen Sechsecks (vgl. NiK4: [0022]) als beliebig geformt (vgl. NiK4: [0028], [0029]). Auch wenn die Beklagte zur Auslegung des Begriffs „wabenförmig“ als regelmäßiges Sechseck auf Abs. [0022] und die beispielhafte Ausgestaltung nach Abs. [0046] des Streitpatents verweist, ist in diesen Passagen von „wabenförmig“ keine Rede. Es ist auch kein Widerspruch in der Beschreibung des Streitpatents festzustellen, weil beide Passagen [0022] und [0028] des Streitpatents Prismen als Kammerform nennen (vgl. NiK4: [0022], 2. Satz und [0028], 1. Satz), so dass das hexagonale Prisma unter den Oberbegriff eines Prismas fällt und Abs. [0028] folglich alternative und ergänzende Kammerformen vorstellt. Schließlich führt Abs. [0028] noch aus, dass am Rand des Grundkörpers liegende Kammern nur teilweise ausgebildet sind (vgl. NiK4: [0028], 3. Satz).

Auch auf die Patenthistorie lässt eine Einschränkung der Kammerform auf regelmäßige Sechsecke nicht zu, denn in der Offenbarung des Streitpatents vom An-

meldetag (vgl. a. a. O.: S. 7 Abs. 3 bzw. DE 10 2007 031 687 A1: [0021]) ist ausgeführt: „Als besonders günstige Form für Kammern des Grundkörpers hat sich die Wabenform erwiesen. Dabei ist die Kammer jeweils als ein Körper mit der Grundfläche eines regelmäßigen Sechsecks ausgebildet, vorzugsweise als gerades Prisma ...“. Im erteilten Patent findet sich der 2. Satz getrennt vom 1. Satz und ohne die mit dem Ausdruck „Dabei“ angefügte Auslegung (vgl. NiK4: [0016], [0017] und Abs. [0022]). Die ursprünglich dargelegte Verknüpfung eines gleichseitigen Sechsecks mit der Wabenform erstreckt sich im erteilten Patent folglich unter Anwendung des dem Fachmann zuzurechnenden Fachwissens auf verschiedene Ausprägungen von Waben.

Dabei erschließt sich dabei dem Fachmann aufgrund seines Fachwissens die hexagonale Form einer Bienenwabe als nicht einzig denkbare Ausgestaltung einer „wabenförmigen Kammer“, denn er zieht auch andere in der Technik mit Waben bezeichnete Formen (z. B. Wabekatalysatoren mit regelmäßig quadratischen Waben) in Betracht.

**g. Merkmal 11:** Was die auch eine fakultative Möglichkeit eröffnende Partizipialkonstruktion „angrenzende Kammern“ anbelangt, erhält die Matte durch die zur Oberseite und/oder zur Unterseite geöffneten Kammern zwar ihre besondere Griffigkeit (vgl. NiK4: [0023]; Unterstreichung hinzugefügt), allerdings kann auch nur eine Seite der Matte an der Oberfläche offene Kammern aufweisen. Eine weitere Einschränkung ist nach der Beschreibung des Streitpatents dadurch gegeben, dass „*zumindest* einige der Kammern geschlossen ausgeführt sind“ (vgl. NiK4: [0030]). Soweit dann alle Kammern geschlossen ausgeführt sind, weisen beide Oberflächen der Isoliermatte keine offenen Kammern auf. Ein Widerspruch mit den beanspruchten Merkmalen ist nicht festzustellen, denn nach Patentanspruch 2 verlaufen die Kammern lediglich in einer Ebene zwischen der Oberseite und der Unterseite.

**2.** Die Anspruchsfassung des erteilten Patents ist zulässig, denn die Merkmale des erteilten Patentanspruchs 1 finden ihre Offenbarung in den Patentansprüchen

1, 2, 9 und 13 vom Anmeldetag. Gleichermaßen zulässig gehen die Unteransprüche 2 – 20 auf die Unteransprüche 3 – 7 und 14 – 27 vom Anmeldetag zurück.

**3.** Dem Gegenstand des Patentanspruchs 1 in der erteilten Fassung fehlt gegenüber den jeweiligen Entgegenhaltungen NiK6, NiK7 und NiK11 bis NiK13 die Neuheit.

**a.** DE 89 01 034 U1 (NiK6) offenbart eine Isoliermatte zum Wärmeisolieren von Körperteilen für den „Gebrauchsgegenstand“ Mensch (NiK6: Titel und S. 1, 1. Abs.; Merkmal **1**), die als beliebige Unterlage eingesetzt werden kann (NiK6: S. 4 Abs. 2; Merkmal **2**). Sie weist aufgrund ihrer Mattenform, die beispielhaft in den Fig. 1 und 3-4 von oben und im Querschnitt gezeigt ist, einen Grundkörper mit Ober- und Unterseite auf (Merkmale **3 - 7b**) sowie mindestens eine Trägerfolie aus flexiblem Material (Merkmal **8**), mit der eine Schicht aus einer Vielzahl von mit Abstand zueinander angeordneten Isoliermaterialteilchen z. B. als quadratische Pakete (Merkmal **9**) verbunden sind, die jedoch freie Form haben können (NiK6: Patentansprüche 1, 3 und Fig. 8). Die den Abstand bildenden durchgehenden Löcher (vgl. NiK6: Patentanspruch 7 und Fig. 4) bilden Kammern, die bis zum Rand der Matte geführt (vgl. NiK6: Fig. 1) und daher im Sinne des Streitpatents (vgl. NiK4: [0028]) nur teilweise ausgebildet sind (Merkmale **10, 11**). Der Auffassung der Beklagten, in den Fig. 1-8 von NiK6 seien lediglich die Isoliermaterialteilchen aufnehmenden Bereiche als (geschlossene) Räume ausgebildet und gemäß Fig. 1 wiesen die Bereiche zwischen den Isoliermaterialteilchen die Form einer Rille, Furche, länglichen Vertiefung etc. auf, kann zwar gefolgt werden. Ihre Schlussfolgerung, dass es sich dabei um keine Kammer handele, steht allerdings im Widerspruch zu der breiten Auslegung, die das Streitpatent insoweit vorgibt. Auch der Einwand der Beklagten, in der NiK6 seien keine zur Oberseite und zur Unterseite geöffnete Kammern gezeigt, greift nicht, denn die Seitenansicht der Isoliermatte nach NiK6 zeigt zweifelsfrei die zu einer Oberfläche der Matte weisenden Ausnehmungen 8 (vgl. NiK6: Fig. 4). Damit sind der NiK6 alle Merkmale des Streitpatents zu entnehmen.

**b.** Auch die DE 40 03 770 A1 (NiK7) offenbart alle streitpatentgemäßen Merkmale. Sie stellt eine wärmeisolierende Umhüllung an wärmetechnischen Geräten vor, die aus einem Grundkörper mit Kammern besteht, die einerseits ein wärmeisolierendes Medium und andererseits Luft umfassen. Die Kammern bzw. Lufttaschen sind wegen der wellenförmigen Profilierung nach außen offen (NiK7: Patentansprüche 1-3 und Fig. 1-3; Merkmale **1 - 6, 7b, 9 - 11**). Die Umhüllung ist flexibel, denn sie kann um Geräte herumgelegt werden (NiK7: Sp. 1, Z. 34-36; Merkmal **8**). Die Beklagte erachtet diese Umhüllung aufgrund ihrer Geometrie weder als Untersetzer noch als Topflappen verwendbar, räumt aber ein, dass sie als Matte ausgebildet und auf ihrer Außenseite wellenförmig profiliert ist. Analog zu ihrer Wertung der NiK6 sieht sie bei der Matte nach NiK7 durch die wellenförmige Profilierung keine Kammer realisiert. Die einzelnen Folienzuschnitte sind jedoch profiliert (NiK7: Sp. 2 Z. 4-6) und weisen damit in Richtung einer Oberfläche offene Kammern auf. Die Dimensionierung der Umhüllung ist nicht vorgegeben, wonach diese als Unterlage oder Untersetzer zum Einsatz gebracht werden kann.

**c.** Design der chinesischen Sonderverwaltungszone Hongkong (NiK11): Der Senat geht von der öffentlichen Zugänglichkeit der Registerangaben gemäß NiK11 vor dem Anmeldetag des Streitpatents aus. Aus dem Registerauszug gehen ein Anmeldedatum (05.10.06) und ein wenige Wochen später liegendes Eintragungsdatum (27.10.06) hervor, das ebenfalls vor dem Anmeldetag des Streitpatents liegt. Es ist davon auszugehen, dass die Eintragung am 27. Oktober 2006 schutzbegründende Wirkung hatte, wofür vorliegend insbesondere spricht, dass der formularmäßig aufgebaute Registerauszug keinen weiteren Akt außer der Eintragung als die für die Schutzbegründung maßgebende Handlung der Registerbehörde erkennen lässt. Zudem ist für das NiK11-Design offensichtlich bereits eine (erste) Schutzfrist („initial period“) in Kraft gewesen. Als in Kraft befindliches und damit von jedermann zu beachtendes Schutzrecht musste das Design spätestens mit der Eintragung von der Registerbehörde der Öffentlichkeit zugänglich geworden sein. Der Senat geht damit von einem Prima-facie-Beweis der Veröffentlichung des Designs spätestens mit der Eintragung am 27.10.2006 aus, ähnlich wie bei Druckschriften, die nach der Lebenserfahrung in unmittelbarem Anschluss nach

der Herstellung verteilt zu werden pflegen (vgl. hierzu Schulte, Patentgesetz, 9. Aufl. § 3 Rn. 42, insbesondere zur Unbeachtlichkeit pauschalen Bestreitens). Hinzu kommt der von der Klägerin als weiterer Beleg vorgelegte Auszug aus dem Hongkong Intellectual Property Journal v. 27. Oktober 2006 (NK17), so dass die Vorveröffentlichung insgesamt ausreichend belegt ist.

Die NiK11 zeigt einen „heat insulation holder“ (übersetzt „Topflappen“; Merkmale **1**, **2**) in der Perspektive („perspective view“) sowie von oben und unten („view from top/bottom“) als einen aus zwei Platten zusammengesetzten Gegenstand (Merkmal **3**), bei dem die die Ober- und Unterseite bildenden gelb und orangefarbenen Plattenhälften (Merkmale **3 – 7b**) in quadratische Kammern über die Fläche unterteilt sind und insbesondere in den Abbildungen von oben und unten gut erkennbare quadratische Öffnungen an der Oberfläche aufweisen (Merkmale **9 – 11**). Die mit der Locarno-Klassifikation 06-13 konforme Angabe „heat insulation holder“ (vgl. NiK19) offenbart entgegen der Auffassung der Beklagten inhärent auch das Merkmal **8**, nämlich die flexible Ausgestaltung einer zum Topflappen ausgebildeten thermischen Isoliermatte.

Soweit die Patentinhaberin geltend macht, die NiK11 lasse nicht erkennen, ob sich der Artikel auch als Untersetzer eigne, ist dies wegen der in Merkmal **2** gewählten „oder“-Verknüpfung unbeachtlich. Auch ihr Einwand, der in NiK11 gezeigte Grundkörper lasse keine Oberseite zum Abstellen eines Gebrauchsgegenstands erkennen und weise keine die Tragfähigkeit und thermische Isolation begünstigende Formgebung auf, vermag nicht zu überzeugen, denn der in NiK11 gezeigte Grundkörper unterscheidet sich von der in Fig. 1 des Streitpatents gezeigten, bevorzugten Ausführungsform lediglich durch die Ausgestaltung der Kammern als Quader, was jedenfalls auch nach Streitpatent eine geometrisch bevorzugte Form darstellt (NiK4: [0028], 1e. Satz).

Somit sind alle Merkmale **1** bis **11** nach Patentanspruch 1 in der NiK11 verwirklicht.

d. Die Inhalte der Entgegenhaltungen NiK12 und NiK21 gehören zum Stand der Technik i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 2 PatG. Nach den Gesamtumständen spricht ein von der Beklagten nicht widerlegter Anscheinsbeweis dafür, dass sie vor dem Anmeldetag des Streitpatents der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden.

Dies gilt zunächst für den redaktionellen Inhalt des als NiK12 vorgelegten Internetausdrucks, d.h. den Artikel „2007 International Home & Housewares Best of Show Results“ von Darryl Lee Sang mitsamt der im Text als „... the following winning results ...“ angekündigten Produktvorstellungen bzw. -kurzbeschreibungen. Der Senat geht nach den Regeln des Anscheinsbeweises davon aus, dass der redaktionelle Inhalt des Artikels einschließlich des auf S. 6 des Ausdrucks dargestellten „Silicone Grid Potholders“ jedenfalls noch im Laufe des Monats Mai 2007 und damit vor dem Anmeldetag des Streitpatents veröffentlicht wurde, so dass die interessierte Fachöffentlichkeit bereits vor dem Anmeldetag des Streitpatents die Möglichkeit hatte, den Artikel zur Kenntnis zu nehmen (zu den Grundsätzen des Anscheinsbeweises vgl. Zöller, ZPO, 31. Aufl., vor § 284, Rn. 29; Thomas/Putzo, ZPO, 37. Aufl., § 286, Rn. 12 ff.; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 70. Aufl., § 286, Rn. 15; vgl. a. BPatGE 32, 111 zur Veröffentlichung von Prospekten).

Es liegt ein Sachverhalt vor, bei dem nach der Lebenserfahrung aus einem typischen Geschehensablauf auf ein bestimmtes Ergebnis geschlossen werden kann. Bei dem Dokument NiK12 handelt es sich um einen Ausdruck aus der Internetseite [www.gourmetretailer.com](http://www.gourmetretailer.com). Internetveröffentlichungen unterliegen mit der Einstellung ins Internet regelmäßig dem Zugriff der Öffentlichkeit und sind über die jeweilige Webseite zugänglich (vgl. Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl., § 3 Rn. 141). Allerdings begegnet der Zeitpunkt der Einstellung regelmäßig Schwierigkeiten (Benkard, a. a. O.). Aufgrund der Funktionsweise des Internets, insbesondere der leichten Aktualisierbarkeit von Webseiten, ist es oft schwierig, exakt zu ermitteln, wann und mit welchem Inhalt eine bestimmte Information der Öffentlichkeit zugänglich wurde (vgl. Schulte, Patentgesetz, 9. Aufl., § 3 Rn. 41).

Vorliegend sprechen die Gesamtumstände dafür, dass der o. g. Artikel NiK12 - und ebenso NiK21 - vor dem Anmeldetag des Streitpatents veröffentlicht wurden. Der ausgedruckte Artikel „2007 International Home & Housewares Best of Show Results“ weist oberhalb der zitierten Überschrift das Datum „May 01, 2007“ auf, bei dem es sich naheliegend um das redaktionelle Erstellungsdatum handelt. Dies entspricht jedenfalls der offensichtlichen Funktion eines nahe bei der Artikelüberschrift angebrachten Datums, mit dem der Leser den Artikel zeitlich einordnen und so die Aktualität seines Inhalts einschätzen kann. Solche Datumsangaben sind bei redaktionellen Internetveröffentlichungen üblich, zumindest weit verbreitet. So weisen bspw. auch die von der Beklagten als UN4 eingereichte Internetveröffentlichung „Tendence Lifestyle 2007 – Keine Terminverschiebung“ und die von der Klägerin in der Verhandlung vorgelegte NiK21 „Silicone Zone Debuts Silicone Grid Pot Holders“ oberhalb bzw. unterhalb der Überschrift vergleichbare Datumsangaben auf (vgl. UN4: sogar mit Uhrzeit). Denkbar, wenn auch weniger naheliegend, wäre auch, dass es sich um das (nach dem Erstellungsdatum liegende) Veröffentlichungsdatum des Artikels handelt, was vorliegend aber dahingestellt bleiben kann.

Es ist daher sachgerecht, auf solche redaktionellen und mit Datum versehenen Internetveröffentlichungen auch die bereits zum Anscheinsbeweis der öffentlichen Zugänglichkeit von Druckschriften entwickelten Grundsätze anzuwenden. Da Druckschriften nach der Lebenserfahrung in unmittelbarem Anschluss nach der Herstellung auch verteilt zu werden pflegen, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der auf der Druckschrift angegebene Zeitpunkt („copyright notice“) mit der öffentlichen Zugänglichkeit identisch ist, es sei denn, dass konkrete Umstände des Einzelfalls zu Zweifeln Anlass geben (vgl. Schulte, a. a. O., m. w. N.). Ein solcher Anscheinsbeweis kann im Einzelfall entkräftet werden, z. B. durch den glaubhaften Vortrag, dass die Druckschrift bei solchen Stellen tatsächlich nicht verfügbar war, bei denen sie nach einer Verteilung hätte vorhanden sein müssen. Der bloße Vortrag unsubstanziierter Bedenken reicht indes nicht aus (Schulte, a. a. O. m. w. N.). Damit weicht der Senat von der Entscheidung BPatGE 46, 76 (= GRUR 2003, 323) – Computernetzwerk-Information ab, in der

aktuell im Internet aufgefundene Informationen als nicht verwertbar angesehen wurden, ohne allerdings zu erwägen, dass sich aus der Fundstelle selbst Hinweise auf das Veröffentlichungsdatum ergeben können (großzügiger hingegen: Mitteilung des Europäischen Patentamts über die Anführung von Internet-Dokumenten, ABl. 2009, 456).

Es kann dahinstehen, ob die Grundsätze zum Anscheinsbeweis stets anzuwenden sind, wenn ein redaktioneller Internetinhalt mit einem Datum versehen im Internet abrufbar ist oder ob wegen erhöhter Manipulationsmöglichkeiten bei rein elektronischen Medien im Vergleich zu Druckschriften eine erhöhte Vorsicht bzw. Zurückhaltung geboten ist. Vorliegend sind jedenfalls weitere Hinweise vorhanden, die für die Plausibilität des Inhalts und des Datums der Internetveröffentlichung gemäß NiK12 und den diese stützenden, von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten weiteren Internetartikel NiK21, datiert vom 12. März 2007, sprechen:

In beiden Artikeln NiK12 und NiK21 wird über eine Messe bzw. Ausstellung berichtet (International Home & Housewares Show in Chicago), die im März 2007 stattgefunden haben soll bzw. für März 2007 angekündigt ist (vgl. NiK12: 1. Satz des Textes: „... this past March ...“; NiK21: vgl. 1. Satz des Textes „ ... Show will see the debut of ...“). Bei derartigen Messeberichterstattungen oder Messeankündigungen besteht nach der Lebenserfahrung ein Bedürfnis nach Aktualität, schon um den Eindruck zu vermeiden, dass der Herausgeber nicht aktuell berichtet. Je nachdem, ob es sich um einen ankündigenden oder (nachträglich) berichtenden Artikel handelt, spricht dies für eine zeitnahe Veröffentlichung kurz vor oder kurz nach dem Erstellungsdatum.

Weiter wird in der NiK21 der Hersteller SiliconeZone, der auch als Hersteller des in NiK12 abgebildeten Produkts angegeben ist, mit der Ankündigung zitiert, wonach sein Produkt „SiliconeZone’s Grid Pot Holders“ auf der International Home & Housewares erstmals der Öffentlichkeit präsentiert werde („will see the debut“). Die in diesem Artikel entnehmbare Beschreibung des Produkts („silicone potholders ... grid or waffle-like pattern on both sides“; keine Abbildung) entspricht



insoweit dem in NiK12 abgebildeten und beschriebenen Produkt, so dass die Ankündigung das gleiche, zumindest aber ein Schwesterprodukt betreffen wird. Damit liegen zwei Internetveröffentlichungen vor, die sowohl einzeln als auch zusammen betrachtet stimmig auf die Präsentation von Topflappen eines bestimmten Herstellers auf einer bestimmten Messe hinweisen.

Außerdem hat die Klägerin mit der Anlage NiK20 eine vermutlich dem Internet entnommene Anzeige oder Präsentation vorgelegt, die den „Grid Pot Holder“ von SiliconeZone mit Abbildung zeigt, wobei zusätzlich die Angabe „Tendence Lifestyle Award Germany – 2007“ enthalten ist. Zwar kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Inhalt dieser Anlage vor dem Anmeldetag des Streitpatents veröffentlicht worden ist, denn genaueres Datum ist darin nicht angegeben. Zudem hat die Beklagte mit der Anlage UN4 unwidersprochen dargelegt, dass die Veranstaltung „Tendence Lifestyle“ erst nach dem Anmeldetag des Streitpatents stattgefunden hat. Immerhin wird mit der NiK20 jedoch ein weiteres Mal auf das Jahr 2007 hingewiesen, in dem das Produkt offenbar vorgestellt und prämiert wurde.

Betrachtet man die o. g. Unterlagen in ihrer Gesamtheit, so erscheinen sowohl das auf der NiK12 angegebene Datum „May 01, 2007“ und das auf der NiK21 angegebene Datum „March 12, 2007“ als auch der Bericht über die im März 2007 veranstaltete Messe „International Home & Housewares Show“ in Chicago, ebenso wie die dortige Präsentation des auf S. 6 der NiK12 abgebildeten und beschriebenen Produkts „Silicone Grid Potholders“ plausibel und durch weitere Indizien belegt. Damit liegt, ähnlich wie bei Druckschriften, die nach Art und Inhalt in unmittelbarem Anschluss an die Herstellung verteilt zu werden pflegen, ein Sachverhalt vor, bei dem nach der Lebenserfahrung aus einem typischen Geschehensablauf auf ein bestimmtes Ergebnis geschlossen werden kann. Insbesondere im Hinblick auf das Aktualitätsbedürfnis bei einer Berichterstattung über eine am 1. Mai 2007 bereits mehr als einen Monat zurückliegende Messe und unter Berücksichtigung der schnellen Einstellbarkeit von redaktionellen Artikeln in das Internet, wo die bei Druckschriften erforderliche Drucklegung und körperliche Verteilung von Druck-

schriften entfallen, spricht der Geschehensablauf für eine jedenfalls noch im Monat Mai 2007 liegende Veröffentlichung der NiK12 sowie für eine Veröffentlichung der NiK21 im Monat März 2007.

Einen hiervon abweichenden konkreten Geschehensablauf hat die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen. Insbesondere hat sie den Anscheinsbeweis nicht durch den Hinweis auf den in der NiK12 ersichtlichen Button „g+1“ erschüttern können. Zwar hat sie unter Vorlage von Belegen dargelegt, dass der Dienst „Google +1“, mit dem Nutzer Suchergebnisse und Anzeigen mit einem Klick auf den Button markieren können, erst Ende März 2011 vorgestellt worden ist (vgl. UN2: S. 10), so dass die als NiK12 ausgedruckte Internetseite nicht in dieser Form im Jahr 2007 im Internet zugänglich gewesen sein konnte. Dies spricht jedoch nicht gegen die öffentliche Zugänglichkeit des redaktionellen Inhalts der NiK12 bereits im Mai 2007. Denn offensichtlich sind auch ältere Internetseiten nachträglich mit dem entsprechenden Button versehen, also „nachgerüstet“ worden. Hierzu kann bspw. auf den von der Beklagten als UN4 eingereichten Internetausdruck verwiesen werden. Darin wird unter dem Datum „23.11.2006“ darüber berichtet, dass die Messe Frankfurt den für den 24. bis 28. August 2007 geplanten Termin für die Konsumgütermesse „Tendence Lifestyle“ nicht verschieben will. Der Artikel muss demnach aus der Zeit vor der Inbetriebnahme des Dienstes „Google +1“ stammen. Rechts unterhalb des Artikels findet sich in einer Reihe mit vergleichbaren Funktionen aber auch der Button „G+1“ mit der Erläuterung „bei Google empfehlen“. Auch der Internetausdruck NiK21 mit dem Datum „March 12, 2007“ enthält das „g+“ Symbol unterhalb des Textes. Nach alledem geht der Senat von der Veröffentlichung des redaktionellen Inhalts der NiK12 und der NiK21 vor dem Anmeldetag des Streitpatents aus.

Die NiK12 zeigt in der Abbildung auf S. 6 unten einen dem Topflappen der NiK11 vergleichbaren, als Silicone Grid Potholder (übersetzt: Silikon-Gitternetz Topflappen) bezeichneten Gegenstand, wie er von einer menschlichen Hand geführt um einen Pfannenstiel gelegt ist und dabei zu den beiden Oberflächen des Topflappens geöffnete quadratische Kammern erkennen lässt. Zu den Unterschieden der

Topflappen nach NiK11 und NiK12 führt die Beklagte aus, dass die drei Abbildungen der NiK11 gemeinsam ergäben, dass die Oberseite und die Unterseite unterschiedliche Farbgebungen haben und ganz offensichtlich aus unterschiedlichen Teilflächen und ggf. Materialien zusammengesetzt sind, was bei dem Gegenstand der NiK12 nicht der Fall sei. Nachdem jedoch diese Merkmale im Patentanspruch 1 keinen Niederschlag finden, gilt die Argumentation zu NiK11 oben sinngemäß, weshalb alle Merkmale **1 – 11** des Patentanspruchs 1 in der NiK12 offenbart sind. Es spielt dabei auch keine Rolle, dass, wie die Beklagte einwendet, nicht die gesamte Ober- und Unterseite des Topflappens nach NiK12 in der Abbildung zu erkennen sind, da nach Patentanspruch 1 keine lückenlose Anordnung der Kammern notwendig ist. Soweit die Beklagte bei dem Topflappen der NiK12 einen äußerst flexiblen Topflappen aus Silikon verwirklicht sieht, der jedoch nicht erkennbar als Untersetzer zu verwenden sei (Merkmal **2**), ist diese Sichtweise bereits wegen der „oder“-Verknüpfung im Merkmal 2 unbeachtlich. Auch weist der Topflappen der NiK12 alle erfindungsgemäßen Merkmale auf, insbesondere besteht er aus Silikon, welches das Streitpatent als bevorzugtes Material angibt (vgl. NiK4: Patentanspruch 12, Abs. [0034], [0044]).

e. Die zum Stand der Technik zählende DE 20 2005 001 521 (NiK13) beschreibt eine Unterlage zur Isolierung von Wärme (NiK13: [0001]; Merkmal **1**), auf die ein flächiger Maschinenfuß gesetzt werden kann (NiK13: [0007] 2. Satz; Merkmale **2, 5**). Sie ist flächig als Unterlage ausgebildet und hat somit eine obere und eine untere Seite (NiK13: [0001]; Merkmale **3, 4, 6, 7a, 7b**). Mit ihren speziellen Vertiefungen stellt sie die Weiterentwicklung von aus dem Stand der Technik bekannten, auch als Rolle angebotenen und damit flexiblen Unterlagen dar (NiK13: [0002]-[0004], insbesondere [0002] 2. Satz; Merkmal **8**). Zudem deformieren die Stege bei Belastung (NiK13: [0011] 1. Satz). Die Unterlage weist auf wenigstens einer Seite wabenförmige Vertiefungen auf, die nach den Fig. 1 und 4 als regelmäßige Sechsecke dargestellt und zur Oberfläche offen sind (NiK13: Patentanspruch 1; Fig. 1; Merkmale **9 – 11**). Der Einwand der Beklagten, die Isolierplatte der NiK13 sei nicht hinreichend flexibel und elastisch, um als Topflappen verwendet zu werden, sondern in sich steif, steht die gebotene Auslegung der al-

alternativen Verwendung nach Merkmal **2** entgegen sowie, dass die Unterlage der NiK13 eine in Rollenform lieferbare deformierbare Unterlage bildet und damit flexibel ist. Soweit die NiK13 von einer „Isolierplatte“ spricht, stellt diese Ausgestaltung neben der Rollenform nur eine Möglichkeit der Konfektionierung dar (vgl. NiK13: [0002]).

4. Selbst wenn die Neuheit der thermischen Isoliermatte gegenüber den vorstehend abgehandelten Druckschriften anzunehmen wäre, etwa, wenn man davon ausginge, dass der Anspruchswortlaut des Streitpatents nicht exakt getroffen sei und/oder der Auffassung der Beklagten dahingehend folgen würde, dass das Merkmal **2** („zur Verwendung als Untersetzer oder Topflappen“) eine Beschränkung in der Dimensionierung der thermischen Isolierplatte erfordere und sich für den Fachmann mit der Zweckangabe ein Teilbereich aus dem Offenbarungsgehalt der ursprünglichen Anmeldeunterlagen ergebe (vgl. BGH X ZR 112/13 v. 15. September 2015 – Teilreflektierende Folie, Urteilsbegründung Pkt. 2 aa), bb) zur Größe einer Folie), sowie, dass die „oder“-Verknüpfung nach Merkmal **2** die Verwendung der Isoliermatte auf den Einsatz sowohl als Untersetzer als auch als Topflappen beschränke, und schließlich, dass eine „wabenförmige Kammer“ nach Merkmal **10** zwingend mit einer regelmäßig sechseckigen Grundfläche verbunden sei, so beruht der Gegenstand des Patentanspruchs 1 in der erteilten Fassung jedenfalls nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit. Er ist dem Fachmann durch auf die aus dem Stand der Technik bekannten Silikon-Topflappen mit Gitternetzstruktur (NiK11, NiK12/NiK21) und deren Kombination mit dem in der NiK13 dokumentierten Fachwissen nahe gelegt.

In der ggf. ein „Schwesterprodukt“, eher aber das in NiK12 abgebildete Produkt betreffenden NiK21 ist bereits schriftlich dargelegt, dass Topflappen auch als Untersetzer dienen (vgl. NiK21: „potholders double as trivets“). Dieses (Fach)Wissen ist bereits jeder mit dem Kochen befassten Person geläufig, die mit heißem Inhalt befüllte Kochtöpfe nicht direkt auf temperaturlabile Flächen stellen wird, sondern – oftmals in Ermangelung weiterer Abstellmöglichkeiten – auf dem Topflappen selbst positioniert. Damit stellt die Verwendung von Topflappen als Untersetzer

und die damit verbundene Dimensionierung und Flexibilität nach den Merkmalen **2** und **8** Alltagswissen dar, weshalb sich die Topflappen nach NiK11 und NiK12 von der erfindungsgemäßen Isoliermatte lediglich durch quadratische statt hexagonale Kammern unterscheiden würden.

Vor die erfindungsgemäße Aufgabe gestellt, die Verwendung der Isoliermatte als Untersetzer oder Topflappen zu verbessern, wird dem Fachmann sowohl in der NiK11 als auch in der NiK12 bereits eine lückenlose Gitterform auf der Oberfläche der Topflappen vorgegeben, die zu einer gleichmäßigen Oberfläche führt. Auch die NiK21 regt eine Gitterform („Grid Pot Holder“) an. Dass ein Wabengitter aus regelmäßigen Sechsecken dabei nach dem Vorbild der Natur („Bionik“) eine größere Stabilität und damit eine größere Belastbarkeit mit sich bringt als ein Gitter aus Quadraten, ist dem Grundwissen des Fachmanns zuzurechnen. Will er nämlich eine Ebene lückenlos mit regelmäßigen Flächen/Kammern belegen, kann er zwar auch dreieckige oder quadratische Grundflächen wählen, Sechsecke haben aber die stumpfesten Ecken und kommen somit hinsichtlich der Stabilität der stabilen Kreisform am nächsten. Mit Dreiecken und Vierecken verbundene herausragende Ecken sind stets bruch- oder deformationsgefährdet, so dass der Einsatz eines Wabengitters auf der Hand liegt.

Dieses Grundwissen ist zudem in der NiK13 dokumentiert, die sich explizit mit Unterlagen zur Isolierung von Wärme allgemein befasst und somit im Blick des Fachmanns liegt. Die NiK13 weist den Fachmann auch darauf hin, dass die Oberfläche durch die wabenförmige Struktur sehr homogen ausgebildet ist und im Wesentlichen keine bevorzugte Richtung aufweist (NiK13: [0008] 2. Satz). Eine homogene Oberfläche ohne bevorzugte Richtung ermöglicht, ohne dass es weiterer Erläuterungen bedarf, ein sicheres Greifen von Gebrauchsgegenständen unabhängig davon, wie der Topflappen gerade in der Hand liegt. Somit empfiehlt sich dem Fachmann diese Gitterform nicht nur wegen der verbesserten Stabilität sondern auch wegen der Homogenität der Oberfläche.

Der erfindungsgemäße Gegenstand ergibt sich für den Fachmann auch ausgehend von der NiK13 in Verbindung mit der NiK11 oder NiK12 in naheliegender Weise. Denn wenn er mit der Aufgabe betraut ist, eine allgemeine Unterlage zur Isolierung von Wärme, wie sie in Abs. [0001] der NiK13 beschrieben ist, für die gleichzeitige Verwendung als Topflappen und Untersetzer auszubilden, wird er das Material und die Dimensionierung so wählen, dass sie diesen Verwendungen Rechnung tragen und findet dabei insbesondere in der NiK12 die notwendigen Angaben, insbesondere die Empfehlung von Silikon als Isoliermaterial.

Der Einwand der Beklagten, dass der Gegenstand der NiK13 abseits der Lehre des Streitpatents liege, vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil das Streitpatent selbst dem Fachmann jedwedes Material und jedwede Kammergröße an die Hand gibt, um unter Zuhilfenahme seines Fachwissens den Gegenstand für die entsprechenden Zwecke auszugestalten und somit sein handwerkliches Können in die Lehre einbezieht. Soweit die Beklagte zutreffend quadratische Kammern als leichter verformbar betrachtet als sechseckige, kann auch dies nicht zur Stütze der erfinderischen Tätigkeit dienen, denn diese Erkenntnis ist nach obigen Ausführungen dem Fachmann geläufig. Wenn sie schließlich noch geltend macht, dass die in den Fig. 2-3 der NiK13 gezeigten Unterlagen zu dick für die Verwendung als Topflappen seien, beschränkt sie die Offenbarung der NiK13 unzutreffend auf das dort gezeigte „besondere Ausführungsbeispiel“ (vgl. NiK13: [0012]).

Der Patentanspruch 1 ist daher nicht bestandsfähig.

**5.** Aus den weiteren im Verfahren befindlichen Druckschriften ergeben sich keine anderen Gesichtspunkte, denn sie bleiben in ihrer Offenbarung hinter den vorstehend abgehandelten Druckschriften zurück. Damit kann die Diskussion der Frage, ob die Druckschriften NiK14 und NiK15 zum Stand der Technik gehören, dahingestellt bleiben.

Auch bedürfen die weiteren Patentansprüche gemäß Hauptantrag keiner weiteren isolierten Prüfung, weil die Beklagte in der mündlichen Verhandlung erklärt hat,

dass sie den Hauptantrag als geschlossenen Anspruchssatz versteht und das Streitpatent in der Reihenfolge Hauptantrag und Hilfsanträge 1 bis 16 verteidigt (vgl. BGH GRUR 2007, 862 – Informationsübermittlungsverfahren II; BGH GRUR 1997, 120 – Elektrisches Speicherheizgerät; BPatG GRUR 2009, 46 - Ionenaustauschverfahren).

### III.

1. Die zulässigen (Merkmal **2.6**: vgl. NiK4: [0019] 1. und 3. Satz und [0048] 2., 3. und 6. Satz, auch Anmeldeunterlagen: S. 4 Z. 25-31 und S. 12 Z. 16-24; Merkmal **8.1**: vgl. NiK4: Anspruch 12 und [0044], auch Anmeldeunterlagen: Anspruch 19 und S. 9 Z. 7; Merkmal **11.5**: vgl. NiK4: Anspruch 1 i. V. m. Fig. 1-2, auch Anmeldeunterlagen: Ansprüche 12-13 i. V. m. Fig. 1-2; Merkmal **12/12.3**: vgl. NiK4: [0022] 2. Satz, [0046] 1. Satz, auch Anmeldeunterlagen: S. 7 Z. 18-21 und S. 11 Z. 21-23; Merkmal **13**: vgl. NiK4: Anspruch 18, auch Anmeldeunterlagen: Anspruch 25; Merkmal **14**: vgl. NiK4: [0039] S. 6, 1. ganzer Satz, auch Anmeldeunterlagen: S. 10 Z. 13-15; Merkmal **15**: vgl. NiK4: [0046], 3. Satz, Anmeldeunterlagen: S. 11 Z. 23-25; Merkmal **16**: vgl. NiK4: [0047] i. V. m. Fig. 2, Anmeldeunterlagen: S. 12 Z. 1-10 i. V. m. Fig. 2 sowie Streichungen von Unteransprüchen und geänderte Nummerierung), jeweils hilfsweise verteidigten Fassungen gemäß den Hilfsanträgen 1 bis 15 erweisen sich aufgrund mangelnder erfinderischer Tätigkeit gleichfalls als nicht bestandsfähig.

a. Soweit nach den Patentansprüchen 1 gemäß den Hilfsanträgen 1 bzw. 9 die Kammern mit der Grundfläche eines regelmäßigen Sechsecks (Merkmal **12**) und die thermische Isoliermatte zur Verwendung als Topfunterlage (Merkmal **2.9**) ausgebildet sind, sind diese Merkmale nach den Ausführungen zur mangelnden erfinderischen Tätigkeit des Gegenstandes nach Hauptantrag dem Fachmann durch die Kombination der NiK11 oder NiK12/21 und dem in der NiK13 dokumentierten Fachwissen nahe gelegt. Silikon als Werkstoff für die Isoliermatte (Merkmal **8.1**) ist explizit in der NiK12/21 beschrieben.

**b.** Die Hilfsanträge 2 bzw. 10 fügen den Merkmalen der Hilfsanträge 1 und 9 das Merkmal **12** hinzu, wonach der Grundkörper am Außenbereich von einem Rand umgeben ist. Ein solcher, nicht weiter ausgestalteter Rand ist naturgemäß bei jedem mattenartigen Konstrukt mit beschränkter Dimension vorhanden. Er ist im Übrigen in den Abbildungen der NiK11, auf S. 6 der NiK12 sowie in der Fig. 1 der NiK13 dargestellt. Der Einwand der Beklagten, die Abbildungen in NiK12 und NiK13 zeigten keinen Rand, ist nicht nachvollziehbar. Auch ihr Vorbringen, dass der Rand nach NiK11 aus zwei Hälften zusammengesetzt sei und daher keinen gemeinsamen Rand bilde, kann nicht durchgreifen, da auch eine Ausgestaltung des Randes aus zwei Teilen unter den Anspruchswortlaut fällt.

**c.** Die Hilfsanträge 3 bzw. 11 unterscheiden sich von den Hilfsanträgen 2 bzw. 10 darin, dass die wabenförmigen Kammern jeweils als ein gerades Prisma mit der Grundfläche eines regelmäßigen Sechsecks ausgebildet sind (Merkmal **12.3**). Gerade Prismen mit quadratischer Grundfläche gehen aus den Abbildungen der NiK11 und NiK12 hervor. Sie sind dem Fachmann damit auch für eine regelmäßig sechseckige Grundfläche, wie in Fig. 1 der NiK13 nahegelegt. Zwar beansprucht die NiK13 in Patentanspruch 3 und den Abb. 2-3 trapezförmige Stege und damit keine geraden Prismen als vorteilhaft, dem Fachmann erschließen sich jedoch mit den in NiK11 und NiK12 gezeigten (Massen)Produkten eine in seinem Belieben liegende problemfreie Produktion auch gerader Prismen.

**d.** Die Hilfsanträge 4 bzw. 12 unterscheiden sich von den Hilfsanträgen 3 bzw. 11 darin, dass der den Außenbereich umgebende Rand (Merkmal **12**) als umlaufende Materialverstärkung ausgebildet ist, die umfänglich die Oberseite und die Unterseite miteinander verbindet (Merkmal **14**). Eine solche Randverstärkung ist dem Produkt der NiK11 unmittelbar zu entnehmen (NiK11: Abb. 1-3) und auch in der Abbildung auf S. 6 der NiK12 gezeigt, da kein vernünftiger Grund gesehen werden kann, anzunehmen, der nicht sichtbare Teil des Randbereiches sei anders ausgebildet als der sichtbare. Der Einwand der Beklagten, bei dem zweiteilig ausgebildeten Rand des Topflappens nach NiK11 sei kein Rand verwirklicht, der die Oberseite und die Unterseite miteinander verbinde, greift nicht, da Merkmal **14**



offen lässt, an welcher Stelle diese Verbindung zu erfolgen hat. Sie kann damit auch in der Mitte des Randes angelegt sein.

e. Die Hilfsanträge 5 bzw. 13 unterscheiden sich von den Hilfsanträgen 4 bzw. 12 darin, dass die Partizipialkonstruktion des Merkmals **11** nach dem Vorbringen der Beklagten dahingehend neu formuliert ist, dass an die Oberseite angrenzende, zur Oberseite hin offene und an die Unterseite angrenzende, zur Unterseite hin offene Kammern angeordnet sind (Merkmal **11.5**), sowie, dass die wabenförmigen Kammern in einer Wabenstruktur angeordnet sind, so dass sie die Oberseite und die Unterseite jeweils lückenlos füllen (Merkmal **15**). Auch diese Merkmale können zur Bestandsfähigkeit des Patentanspruchs 1 nichts beitragen, denn die Oberseite und die Unterseite lückenlos füllende Waben sowie zu den Oberflächen hin offene quadratische und hexagonale Kammern gehen aus den Druckschriften NiK11 - NiK13 jeweils hervor. Für den nicht sichtbaren Teil des Topflappens nach NiK12 gelten sinngemäß die Ausführungen zu den Hilfsanträgen 4 bzw. 12.

f. Die Hilfsanträge 6 bzw. 14 unterscheiden sich von den Hilfsanträgen 5 bzw. 13 durch den Ersatz der Konjunktion „oder“ durch „und“ im Merkmal **2** (geändertes Teilmerkmal **2.6**). Selbst wenn durch diese Konjunktion die gleichzeitige Eignung der thermischen Isoliermatte als Untersetzer und Topflappen deutlicher dargestellt würde, beruht diese Eigenschaft, wie bei der Diskussion zur erfinderischen Tätigkeit beim Gegenstand des erteilten Patentanspruchs 1 ausgeführt wurde, nicht auf erfinderischer Tätigkeit.

g. Die Hilfsanträge 7 bzw. 15 weisen alle den Hilfsanträgen 4 bzw. 12 zugefügten oder geänderten Merkmale **2.6**, **11.5** und **15** auf. Diese Merkmale beruhen, wie ausgeführt, sämtlich nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit, so dass auch deren Aneinanderreihen zu keinem gewährbaren Gegenstand führt.

h. Der Hilfsantrag 8 fügt dem Hilfsantrag 7 das Merkmal **16** hinzu, wonach an die Oberseite angrenzende Kammern von den an die Unterseite angrenzenden

Kammern durch eine Wand getrennt sind. Auch diese Ausgestaltung findet sich in den Druckschriften NiK11 - NiK13 beschrieben (vgl. NiK11, Ansichten von oben und unten, welche zu einer gelb-orangefarben gefärbten Doppelwand führen; NiK12, Abbildung, bei der der um den Pfannenstiel geschlagene Topflappen zwischen den Waben nicht durchscheinend und somit durch eine Trennwand belegt ist; NiK13: Fig. 1-3 i. V. m. Anspruch 1). Die Beklagte sieht eine nicht beanspruchte „gemeinsame Wand“ im entgegengehaltenen Stand nicht verwirklicht, verzichtet jedoch auf eine entsprechende Erläuterung.

**2.** Auch die nach Hilfsantrag 16 zulässig beschränkt verteidigte Fassung hat keinen Bestand, da sie nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht.

**a.** Der Gegenstand nach Hilfsantrag 16 unterscheidet sich vom Gegenstand nach Hilfsantrag 8 durch die Verwendung der thermischen Isoliermatte als Topfunterlage (Merkmal **2.9**). Dass diese Verwendung nicht auf erfinderischen Überlegungen beruht, wurde mit den Ausführungen zu den Hilfsanträgen 1 bzw. 9 dargelegt. Die dort genannten Gründe gelten hier gleichermaßen.

**b.** Der Patentanspruch 2 ist auf eine unregelmäßige Anordnung der Kammern gerichtet. Sofern sich diese Ausgestaltung nicht auf die beliebig geformten Kammern gemäß erteiltem Patent (NiK4: [0026]) beziehen sollte, z. B. bei einer Herstellung des Grundkörpers aus geschäumtem Material, hat die Beklagte weder dargelegt, noch vermag der Senat zu erkennen, dass diese zusätzlichen Merkmale zu einer anderen Beurteilung der Patentfähigkeit führen könnten. Denn mit einer lückenlosen, aber unregelmäßigen Anordnung regelmäßiger Sechsecke verbundene besondere Effekte sind nicht ersichtlich. Die Druckschrift NiK13 legt bereits die Vorteile von wabenförmigen Vertiefungen in einer Unterlage zur Isolierung von Wärme dar, ohne den Gegenstand auf eine bestimmte Anordnung der Waben zu beschränken (NiK13: Patentanspruch 1). Die geeignete, in Fig. 1 der NiK13 gezeigte lückenlose Anordnung der Waben ist somit dem routinemäßigen Handeln des Fachmanns zuzuordnen.

- c.** Nach Patentanspruch 3 sind die Kammern in einem regelmäßigen, vorzugsweise gitterartigen Muster angeordnet, was die bereits in den Druckschriften NiK11 - NiK13 aufgezeigte, zum Patentspruch 2 alternative Möglichkeit der regelmäßigen Anordnung widerspiegelt und somit keinen Beitrag zur Begründung einer erfinderischen Tätigkeit leisten kann.
- d.** Ein in etwa paralleles Verlaufen der Oberseite und der Unterseite des Grundkörpers nach Patentanspruch 4 liegt bei den Topflappen aus dem Stand der Technik regelmäßig vor und stellt auch den Standard bei den herkömmlichen, gestrickten oder gehäkelten Topflappen dar (vgl. NiK10: Schutzanspruch). Diese Ausgestaltung erschließt sich dem Fachmann auch unmittelbar aus den Abbildungen der Druckschriften NiK11 - NiK12 sowie aus NiK13 (a. a. O.: Fig. 2).
- e.** Nach den Patentansprüchen 5 bis 9 soll das Material der Isoliermatte rutschfest, wärmebeständig, gering wärmeleitfähig, elastisch und spritzgusstechnisch hergestellt sein. Diese physikalischen Anforderungen erschließen sich dem Fachmann bereits aus der angestrebten Verwendung. Der in der NiK12/NiK21 angeregte Einsatz von Silikon bringt alle angestrebten Werkstoffeigenschaften bereits mit sich und legt auch die spritzgusstechnische Herstellung, die bei Massenprodukten aus Kunststoff den Standard bildet, nahe. Damit weisen auch diese Ausgestaltungen keinen eigenständigen, erfinderischen Gehalt auf.
- f.** Mit den Patentansprüchen 10 bis 13 ist beansprucht, dass die Isoliermatte ein- oder mehrfarbig ausgeführt ist, durch Farbgebung erzielte grafische, künstlerische und/oder informative Gestaltungsmerkmale aufweist, der Grundkörper eine geometrisch bestimmte Form aufweist sowie, dass er durch Form- oder Farbgebung figürlich gestaltet ist. Solche vornehmlich mit dem Produktdesign einhergehenden künstlerischen Farbgestaltungen oder eine geometrisch bestimmten Form finden sich insbesondere in dem zweifarbigen Topflappen nach NiK11 verwirklicht. Auch eine figürliche/informative Darstellung ist bei Topflappen ein geläufiges Mittel, das Produkt attraktiver zu gestalten (vgl. NiK9: Abb. 1-12) und somit dem routinemäßigen Handeln des Fachmanns zuzuordnen.

**g.** Ein als Aufhänger verwendbarer kreisrunder Durchgang im Grundkörper der Isoliermatte nach Patentanspruch 14 ist in Druckschrift NiK11 gezeigt, so dass auch dieses Merkmal keinen Beitrag zur Begründung einer erfinderischen Tätigkeit leisten kann. Im Übrigen sind Topflappen regelmäßig mit Vorrichtungen zum Aufhängen bestückt. Bei einer Fertigung im Spritzgussverfahren stellt eine Ausparung als Aufhänger die zunächst in Betracht zu ziehende Ausgestaltung dar, denn sie spart Material und erübrigt einen an den Grundkörper selbst anzubringenden Aufhänger, der wegen seiner exponierten Lage leicht beschädigt wird.

**h.** Nach Patentanspruch 15 soll am Durchgang (7) ein Einspritzbereich für Gussmaterial vorgesehen sein. Mangels diesbezüglicher Ausführungen der Beklagten ist nicht erkennbar, wie eine Maßnahme, die die Herstellung der Isoliermatte betrifft, den erst nach Einspritzen des Gussmaterials erzeugten Gegenstand auszugestalten vermag. Ein Unterschied zu dem Durchgang, wie er in dem Topflappen nach NiK11 gebildet ist, ist jedenfalls nicht zu erkennen. Zudem wird der Fachmann im Rahmen seines routinemäßigen Handelns das Einspritzen des Gussmaterials dort vornehmen, wo Öffnungen im Spritzkörper entstehen sollen und wo eine Entfernung von Graten an optisch unauffälliger Stelle möglich ist. Daher führt auch dieses Merkmal zu keiner anderen Beurteilung der Patentfähigkeit.

#### **IV.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 Abs. 2 PatG i. V. m. § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 99 Abs. 1 PatG i. V. m. § 709 Satz 1 und Satz 2 ZPO.

**V.**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Berufung gegeben.

Die Berufungsschrift muss von einer in der Bundesrepublik Deutschland zugelassenen Rechtsanwältin oder Patentanwältin oder von einem in der Bundesrepublik Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt oder Patentanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Berufungsfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde.

Schramm      Dr. Egerer      Kätker      Dr. Wismeth      Dr. Freudenreich

Pr